En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de diciembre del año dos mil catorce, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia a cargo del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y asistencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **" R., F. c/ B. M. S.A. y otros s/ ACCIDENTE" (Expte. 185 Año 2014)**, venidos del Juzgado Laboral No. 1 (Expte Nº 265/07), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 526/532? **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿Son justos los honorarios del letrado Darío Tejedor?; **TERCERA CUESTION:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs.579.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda por reparación integral de accidente incoada por F. H. R. contra B. M. S.A, M. A. ART S.A. y A. A. A. SAIC. Impuso las costas a la actora y reguló los honorarios correspondientes a los peritos consultores técnicos y letrados que intervinieron en el proceso, sin regular honorarios a la Dra. B. en virtud de la renuncia efectuada a fs. 233.

Asimismo eximió de responsabilidad al tercero citado A. T & D A. SA., imponiendo las costas generadas por su intervención en el orden causado.

Finalmente rechazó la demanda por multa del art. 45 ley L-2441 (antes 25.345) contra B. M. S.A. Impuso las costas a la actora vencida y reguló honorarios.

Dejó constancia que no se regulan honorarios a los letrados de la parte actora en virtud del pacto de cuota litis homologado a fs. 338vta.

Para así resolver trató en primer término el reclamo derivado del accidente, estableciendo que el planteo de las inconstitucionalidades requería el examen en el caso concreto, si resulta encuadrable en la vía elegida -responsabilidad civil- y a partir de ahí, analizar los planteos de inconstitucionalidad efectuados respecto de la ley 24.557 y su normativa.

Señaló que uno de los elementos esenciales a dirimir es si existía daño indemnizable.

Para ello referenció el dictamen de fs. 454/456 emitido por el Cuerpo Médico Forense donde se deja constancia de la intervención de los consultores médicos de las partes actora y codemandada A. SA. Luego de ello da pleno valor probatorio al mismo y a sus conclusiones que fueron que "el actor no presenta incapacidad de acuerdo al decreto 656/96 porque el accidente laboral no fue el factor que originó las lesiones que presenta el actor y las mismas no están directamente causadas por él. Esto no significa que el actor no presente alteraciones somáticas o dolencias que la limitan funcionalmente, pero son multifactoriales y originadas en su conjunto y con el paso del tiempo, no por un único hecho súbito, como el accidente denunciado." Consecuentemente con ello, rechazó la demanda por reparación integral de accidente de trabajo.

En cuanto a la intervención en autos de la citada como tercero, señaló que la única razón que encuentra para la citación que efectuó la codemandada A. S.A.I.C. de A. T & D A. S.A. es la posibilidad de una pretensa repetición, por lo que no existiendo ni posibilidad de condena ni de que las resultas de la presente causa la alcancen, en tanto claro resulta que no se trata ni de dueño ni de guardián de la cosa, impuso las costas en el orden causado.

Por su lado rechazó la multa prevista por el art. 45 de la ley 25.345 con fundamento en la ausencia de los requisitos formales que la viabilizan en

tanto no se acreditó que se haya cumplido con la intimación extrajudicial y temporánea -en los términos del decreto 146/01- que incumplida habilitaría el reclamo.

La sentencia fue apelada por A. T & D A. a fs. 573, quien no fundó el recurso por lo que a fs. 574/575 esta Cámara decretó la deserción del mismo.

A fs. 544 apela la parte actora, su memorial de agravios se agregó a fs.547/557, la réplica de B. M. S.A. obra a fs. 560/564 y la de A. A. A. SAIC a fs. 565/568.

A fs. 541 el letrado D. A. T. apela sus honorarios por bajos.

2. <u>Los agravios de la actora y su tratamiento.</u>

2.1) Liminarmente memoro que la expresión de agravios supone la existencia de dos elementos: el perjuicio que se infiere a la parte quejosa, aspecto endógeno con sus consecuencias, y que dicho perjuicio, para llegar al ámbito conceptual de agravio, provenga de errores de la sentencia, los que deben ser indicados claramente (CNCiv., Sala J, 30/05/2011, Expte N° 63786/2007 "A.E. María c/ Cons de Prop. de la Calle Junín 136, Lomas de Zamora y otro s/ daños y perjuicios)

Este Tribunal ha sostenido que es imprescindible a los efectos de abrir la posibilidad revisora de la Alzada, que el apelante exponga claramente las razones que tornan injusta la solución adoptada por el magistrado de la instancia anterior, para lo cual debe aportar consistentes razonamientos contrapuestos a los invocados en la sentencia, que demuestren argumentalmente el error de juzgamiento que se le atribuye. La expresión de agravios fija el ámbito funcional de la Alzada, ya que ésta no está facultada constitucionalmente para suplir el déficit argumental o las quejas que no dedujo.

La expresión de agravios constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe contener una exposición jurídica que contenga una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Lo concreto se refiere a lo preciso, indicando, determinando, cuál es el agravio. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones.

Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento (conf. Morello, Augusto "Códigos Procesal en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado", t. III, p. 351, Abeledo Perrot, 1988).

Esta Cámara se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

De allí entonces, que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

No cabe duda que el escrito recursivo luce alongado y confuso. No obstante, pone de resalto ciertas objeciones a la sentencia recurrida que merecen ser consideradas, por lo que debe ser analizado por este Tribunal.

2.2) El primer aspecto de su queja está dirigido a cuestionar la sentencia de grado en tanto desestimó el reclamo por reparación integral por no existir daño como presupuesto de la responsabilidad.

Señala que es un absurdo la valoración de la prueba pericial, que se soslayó la prueba testimonial demostrativa de las tareas forzosas a las que se expuso el actor que generaron micro y macro traumatismos en su columna vertebral que terminaron por minorarlo definitivamente, excluyéndolo del mercado laboral.

Alude luego al error conceptual del decisorio para lo que señala: la interpretación desacertada de la pericia médica soslayando cuando menos la concausa que se funda en las tareas forzosas, lo que reitera a lo largo de la queja; que aun tratándose de reclamos canalizados por la vía civil no pueden dejarse de aplicar los principio del derecho laboral y que en la sentencia se ha merituado con un claro exceso de exigencia civilista las causas del daño y el daño en sí; que no se valoró el incumplimiento total de las normas de seguridad.

Luego hará referencia a que la sentenciante evaluó sólo uno de los presupuestos que generan la responsabilidad cual es el daño y que el actor lo porta, aun cuando pudiera ser producto de diversas causas, para lo cual reitera que si los esfuerzos del actor pueden no ser la única causa se puede hablar de conconcausas como lo ha sido el desplazamiento de pesados tarros de pintura que desencadenaron la lesión y termina excluido de su tarea. Que se está ante una enfermedad accidente reconocido aún en los baremos sistémicos por lo que pide de esta Cámara la fijación de la incapacidad que genera la “concausa” provocada por las tareas asignadas al actor.

Introduce aquí que la magistrada de grado tuvo la posibilidad de condenar a la ART por el régimen sistémico, siguiendo la nueva doctrina en la materia que autoriza la actuación de oficio del juez aunque no se hubiera planteado la reclamación sistémica subsidiaria.

Indica que de interpretarse correctamente el dictamen pericial, se hubiera advertido que la dolencia del actor puede derivar de la actividad cumplida en la empresa y para ello no es eximente que haya trabajado unos meses porque el esfuerzo puntual puede provocar la dolencia y posterior protusión discal y aun cuando tuviera una patología de base, debe responder la empresa y la ART porque deben prevenirse las minoraciones mediante un adecuado examen médico preocupacional. Lo que no se ha probado y es dirimente conforme al art. 6to ap. 3 inc.b) de la LRT.

Sigue señalando en su agravio la incorrecta interpretación de la pericia que aludió a factores multifactoriales para la lesión del actor y que no puede descartarse ni el tipo de tareas cumplidas ni los incumplimientos en materia de seguridad que contribuyeron al hecho dañoso.

Por su lado cuestiona el peritaje médico, relata las cuestiones que a su criterio debieron llevar a la magistrada a requerir un nuevo dictamen pericial y que, luego de las impugnaciones y explicaciones, la jueza no puede resignar su facultad de investigar y valorar cada uno de los elementos traídos al proceso.

Más adelante explica cómo se han acreditado los presupuestos que tornan viable la responsabilidad civil de las accionadas.

2.3) El segundo aspecto de la queja lo constituye el rechazo de la multa del art. 45 de la ley 25.345 y que la magistrada no intima siquiera a la entrega de un certificado bajo apercibimiento de astreintes.

Reconoce que requirió el certificado anticipadamente y que iniciada la demanda volvió a hacerlo; que la demandada no cumplió con la manda

legal y que la jueza ni siquiera intimó la entrega del mismo con base en el principio iura novit curia ante la obligación legal del art. 80 de la LCT.

2.4) Formulan la reserva del caso federal.

3.

Conforme vengo sosteniendo en anteriores pronunciamientos (entre muchos otros SDL N° 26/10; SDL N° 24/14), la acción extrasistémica intentada requiere como presupuestos fácticos de procedencia, la demostración del acaecimiento del hecho que se describe como generador del daño, la instalación en el organismo del trabajador del daño denunciado y su entidad incapacitante y la verificación de la existencia de un nexo causal adecuado y jurídicamente relevante entre ambos extremos de hecho. Si el trabajador opta por ejercer sus derechos mediante la acción civil, debe probar los presupuestos de la misma, que incluyen tanto el acto ilícito, la imputación, así como el nexo causal con el daño. "

En materia de accidentes laborales, cuando se ejerce la opción por el derecho común, se considera que la acción es de naturaleza extracontractual, con imputación objetiva de responsabilidad cuando los daños se han producido por riesgo o vicio de la cosa, en virtud de lo dispuesto por el art. 1113, Código Civil, o en su caso, por culpa o dolo del empleador en el cumplimiento de los recaudos aptos para el desenvolvimiento del trabajo en condiciones de seguridad adecuadas (art. 1109, Código Civil).

De acuerdo a esta interpretación, el damnificado goza de dos posibilidades excluyentes: una, consistente en ampararse en el régimen de la ley de accidentes de trabajo, que sienta un sistema de responsabilidad fundado en el contrato de trabajo y cuyo factor de atribución reside en el riesgo profesional, y otra que se refiere al ejercicio de la acción de derecho común, que puede basarse en un factor subjetivo u objetivo de responsabilidad

civil. Así, se trata de dos sistemas jurídicos diferenciados y una vez hecha la opción por uno de ellos, corresponde atenerse al régimen o limitaciones que éste establezca, tanto para regular la responsabilidad por el daño como para cuantificar el perjuicio experimentado por el trabajador."(Insúa c/Ferromel S.A. s/ Daños y perjuicios. CNCiv, Sala A. CABA. 12/01/08 WebRubinzal jula 3.19.1.r35).

Sobre tal base, adelanto que los agravios de la parte en el punto deben desestimarse.

El accidente de trabajo tiene como característica su acaecimiento súbito y violento, actuando como un agente externo sobre la víctima y causándole un daño que ocurre por el hecho o en ocasión de encontrase la víctima prestando servicios en razón de un contrato de trabajo.

Por su lado y de conformidad a lo enseñado por Emilio Bonnet, se conceptualiza como enfermedad profesional aquel "estado patológico... que tiene su origen en el ejercicio normal, habitual, repetido y prolongado de una determinada profesión, incluida o no en una ley laboral", siendo una característica específica de la "enfermedad profesional", la íntima relación etiológica de aquella con la fuente de trabajo" (Medicina Legal, 2° Edición, López Libreros Editores, 1980, t. 1, pág. 747), que no es el caso de autos.

La diferenciación que efectúo es útil desde que la actora no acciona por patología alguna sino que, en los términos de su demanda, el objeto es el cobro de pesos derivado de un accidente de trabajo con fundamento en la normativa civil (responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa art. 1113 ap. 1 y 2 CC).

Los argumentos recursivos no aluden ya a la existencia de un accidente de trabajo, sino a las consecuencias patrimoniales de una "enfermedad accidente" o "enfermedad profesional" que lucen como fundamento tardío frente a las conclusiones sentenciales con apoyo en el dictamen médico, del que se ha ocupado de cuestionar en extenso.

La acción procesal es el instrumento a través del cual se introduce la pretensión en el proceso y constituye una petición con relevancia jurídica en la que, a través de la demanda, debe expresarse el petitum y la causa petendi que son los extremos que perfilan el contenido de la pretensión y su oposición, de tal modo que se erige en un límite para el Juez, que no puede fundar su decisorio en hechos que no han sido objeto de alegación ni prueba.

Igual reflexión merece la pretensa aplicación del principio iura novit curia para mutar la acción incoada, reclamando la actuación de oficio para admitir la reparación sistémica, sin que haya mediado demanda, lo que equivale a una condena de oficio, sin previa sustanciación de contradictorio. *"La cortapisa derivada del principio de congruencia, impide que bajo la presunta reformulación jurídica del caso -iura novit curia- se produzca una modificación de oficio de la base fáctica que conforma la causa de pedir, sea supliendo la carga que compete al justiciable de relatar los hechos que han dado origen a la demanda impetrada, sea distorsionando los que aquél expusiera en la etapa introductiva del procedimiento."*("INCA S.A. Compañía de Seguros - Liquidación Judicial (Mutuales - Cías de Seguro) - Verificación Tardía (ARTS.260 Y 56 L.C.Q.) - Aragón José Miguel y otros - recurso de casación (Expte. I-04-12)" - TSJ DE CÓRDOBA - Sala Civil y Comercial - 15/08/2013)

El principio *iura novit curia* importa que los jueces no están vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y que incluso pueden suplir el derecho mal invocado por aquellas, facultad que no se extiende a alterar las facultades fácticas del litigio ni la causa petendi, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes. (CSJN Sentencia M. 342. XXXII. Mallmann, Arturo Julio y otro c/ Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/ proceso de conocimiento.26/10/99).

4.

Cuestiona el apelante que en la sentencia de grado se haya evaluado solo uno de los presupuestos que generan responsabilidad civil (la existencia de daño).

Planteada la acción en el ámbito del artículo 1113 del Código Civil incumbe a la actora probar la existencia de los extremos necesarios para la procedencia de la responsabilidad civil cuales son la individualización del daño, la antijuricidad de la conducta del dañante; la relación de causalidad entre el obrar humano violatorio del ordenamiento jurídico y el daño y la imputabilidad al autor de ese hecho, a través de un factor de atribución subjetivo u objetivo. (cfme. cita de Schick H. Riesgos de Trabajo T 1 Ed. Grinberg, 2011, pág. 210).

Conforme uniforme doctrina y jurisprudencia *"el daño constituye eje esencial de dicha responsabilidad, pues sin él no hay nada que indemnizar"* (Zavala de González "Tratado de Daño a las Personas" pág.1 Ed Astrea, Bs. As., 2009); *"Sucede que la clásica función de la responsabilidad civil se concreta en la reparación, y a falta de daño no habrá que reparar. El interés de la víctima en la reparación, emerge del daño sufrido, y dónde no hay interés no hay acción (Mazeuad-Tunc, Mosset Iturraspe)…el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil…no hay responsabilidad sin daño…"* (Responsabilidad Civil /9 Dir. Mosset Iturraspe, pág. 212 Ed Hammurabi, Bs. As.1992).

De modo tal que acierta la magistrada de grado cuando inicia el análisis de la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil por la verificación del daño, resultando superfluo, ante su inexistencia, seguir con la acreditación o constatación de los demás elementos ya enunciados.

5.

Refiere luego y a lo largo de todo el memorial de agravios que a contrario de lo sostenido en la sentencia, su parte ha acreditado la existencia del daño, aun cuando pudiere ser producto de diversas causas.

Como ya he señalado, la demanda es la forma en que se pone en ejercicio la acción, y a través de ella se configura el restringido universo dentro del cual entrechocarán las respectivas posturas, se producirá la prueba que las avale y se resolverá por el juez al dictar la sentencia.

Ese universo no puede ser constantemente modificado, acomodándolo según las circunstancias y las conveniencias, porque ello implica la violación de elementales deberes de buena fe y de la doctrina elaborada respecto de los actos propios (todo ello traducido en la fórmula venire contra factum propium non valet).

Reclamada la reparación integral con fundamento en un accidente de trabajo descripto como un tirón muy fuerte en su columna vertebral, no puede prescindirse, de las conclusiones de la pericial médica que han sido correctamente interpretadas por la magistrada de grado. El perito médico señaló que *"el cuadro doloroso, motivado por el siniestro denunciado, puede haber producido los síntomas que originaron la consulta, el diagnóstico y el tratamiento, no por ello, que sea atribuido al accidente, sin tomar en cuenta los otros factores y el paso del tiempo. La RNM solicitada por este perito, describe cambios degenerativos más avanzados y en toda la columna lumbo-sacra, en relación a la efectuada en el año 2006*" Luego dijo *"no presenta incapacidad de acuerdo al Dec. 659/96 porque (el) accidente laboral no fue el factor que originó las lesiones que presenta el actor y las mismas no están directamente causadas por él*".

La parte actora ha impugnado la pericia y pedido explicaciones las que tuvieron respuesta a fs. 474/475, mereciendo éstas una nueva impugnación y pedido de otras explicaciones, las que tenidas presente por la magistrada de grado, culminaron con la presentación del escrito de fs. 491- donde da por cumplida la prueba pericial médica- y su proveído de fs. 492.

Señalo esta circunstancia, porque resulta improponible sostener en esta instancia, que debió la magistrada ordenar un nuevo peritaje o ampliar el existente y no declinar su facultad de investigar, cuando es la misma parte

la que sujetó la incapacidad provocada por el accidente de trabajo descripto, a la pericial médica. Acoto aquí que la medida para mejor proveer que solicita en su alegato fue improcedente, en tanto las mismas son facultades o poderes privativos de los jueces, esto es de uso discrecional de los mismos, según su prudente arbitrio, y que no proceden a requerimiento de las partes.

La Sra. Magistrada ha dado cuenta en su sentencia de los fundamentos por los cuales otorga pleno valor probatorio al dictamen del primer perito integrante del Cuerpo Médico Forense, Dr. Cardarelli, como a las explicaciones que brindara el Dr. B. frente a las explicaciones requeridas por la actora.

Desde esa perspectiva las consideraciones médicas se exhiben fehacientemente fundadas en sólidas bases técnicas y científicas, por lo que en mi criterio, la parte incurre en una reiteración de las impugnaciones ya vertidas que trasuntan meras disconformidades con el resultado del dictamen, sin aportar datos de orden científico que permitan apreciar imprecisiones o equívocos por parte de los profesionales del Cuerpo Médico Forense que actuaron en el expediente, a más de incorporar cuestiones relativas a factores de concausalidad de una enfermedad profesional que, como ya he señalado, no fueron propuestas a la magistrada de grado para su juzgamiento (art. 280 del CPCC).

En cuanto a la existencia o no de examen preocupacional, respecto de lo cual insiste la parte en su crítica, esta Cámara ya ha señalado su irrelevancia cuando se trata de un reclamo con fundamento en la responsabilidad civil *"Máxime, teniendo en cuenta que cuando el reclamo se funda en la ley civil, la ausencia de examen preocupacional, o su falta de acreditación, no puede llevar a concluir en que su afección fue contraída durante el lapso que trabajó a las órdenes de la accionada; de otro modo, se estaría escogiendo lo más conveniente de un sistema y de otro, lo que resulta inadmisible. … En lo que hace a la falta de un*

"examen preocupacional", no tiene ello relevancia dado que, en el caso, estamos ante una acción incoada con fundamentación en la normativa del Código Civil y a ella debemos someternos. De allí que no sea posible invocar -dentro del mismo proceso- la aplicación de las normas del derecho de fondo para determinadas situaciones y las normas laborales para otras, según le convenga al reclamante." (CAPM "GUTIERREZ GUZMAN Hugo c/ALPESCA S.A. y otro s/ Accidente" (Expte. Nº 56 - Año 2013) SDL N° 30/13).

6.

Como consecuencia de lo expuesto, la parte actora no ha logrado refutar en forma idónea la ausencia de daño como presupuesto del reclamo indemnizatorio incoado. *"Fuera de erigirse en apertura y cierre de la responsabilidad resarcitoria, el daño es requisito axiológicamente preponderante (centro de gravedad) y auténticamente imprescindible (a diferencia por ejemplo, de la antijuricidad): interesa prevalecientemente el detrimento injustamente sufrido, lo cual equivale a prestar particular atención a la situación de la víctima de un perjuicio inmerecido, más que al origen del deber del responsable. Al margen de ello, nunca debe olvidarse que la delimitación del daño resarcible también tutela al obligado, pues circunscribe el alcance de su deber resarcitorio. …. Cuando el ordenamiento se orienta a brindar una reparación, no puede establecerse una separación tajante entre el "daño" y su potencialidad - o no-como "resarcible". Ésta no constituye eventual y ulterior "complemento" de aquél, sino "condición tajante" o "soporte integrativo" para resolver cualquier efecto jurídico dentro del presente sistema"* (Zavala de González op.cit, pág. 2/3).

Por todo lo expuesto, los agravios en este primer aspecto de la queja deben desestimarse.

7.

El segundo aspecto de la queja refiere al rechazo de la multa del art. 45 de la ley 25.345 y que por otro lado, la magistrada no intima siquiera a la empresa para que cumpla con la entrega del mismo.

Los argumentos recursivos de la parte no son suficientes para modificar lo resuelto en la instancia de grado.

En primer lugar, es inaudible en esta instancia la alegada inconstitucionalidad del Dec. 146/01 pues no solo no ha sido materia de juzgamiento sino que no es aceptable su introducción en esta sede, bajo el planteo genérico que la sostiene.

Luego admite que la intimación cursada fue anticipada, con lo cual no roza el argumento medular de la sentencia que vedó a la magistrada de grado tener por cumplido el recaudo formal -emplazamiento fehacientemente formulado y temporáneo- que dispone el decreto citado precedentemente para que se torne operativa la sanción pretendida.

Lo que procura en esta instancia es sortear tal valla alegando que formuló el requerimiento al tiempo de incoar la demanda.

Lo cierto es que en los términos del escrito postulatorio la parte solo requirió la aplicación de la multa, *"por cuanto no entregó la ex empleadora en tiempo y forma el certificado de trabajo"* y en modo alguno puede inferirse que ello constituye literalmente el requerimiento que manda la ley para viabilizar la multa. Por su lado, la jurisprudencia ha señalado *"El art. 80 LCT, establece como requisito ineludible, para la procedencia de la sanción por entrega de certificado de trabajo, un requerimiento previo y fehaciente que en forma alguna puede tenerse por cumplido con la demanda, ya que lo que se persigue es que la intimación sea previa al reclamo administrativo o judicial"* (CNAT SALA VI EXPTE Nº 51177/02 SENT. 56969 10/03/04 "OSPER, ANA C/ LENS EXPRESS S.A. Y OTRO S/ DESPIDO").

A tal punto no medió requerimiento alguno que en el segundo argumento recursivo se queja que *"la jueza rechazó la multa directamente y ni siquiera*

intimó la entrega del certificado, en base al principio del iura novit curia, ante una obligación exigida legalmente por el art. 80 L.C.T.".

Con lo expuesto, el rechazo de la multa ha sido correctamente resuelto en la sentencia de grado.

Resta resolver la petición de "entrega del certificado de trabajo ajustado a derecho, bajo apercibimiento de astreintes".

Conforme vengo señalando, la parte procura introducir en su discurso recursivo el requerimiento de entrega del certificado, cuando ello no ha sido propuesto a la magistrada de grado.

Conforme el art. 280 del CPCC el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia, esto tiene fundamento en que la función de este tribunal tiene una doble limitación y es la que resulta de la relación procesal trabada y el marco de los cuestionamientos que se exponen en el agravio. *"El límite de la acción está dado por el contenido de los escritos de demanda y contestación, límite que no puede ser soslayado por las partes al expresar agravios. De modo que es extemporáneo el tema no planteado en aquellas ocasiones y que recién se introduce en la pieza recursiva. Al punto que su tratamiento por la Alzada importa la violación por ésta de los artículos 34 inc. 4to, 163 6to, 266 y 272 del C Procesal"* (Cám 2° CCy M San Juan 9-3-82 "García c/ Municipalidad del partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios).

En el punto el STJCH ha señalado que *"El principio dispositivo, confiere a los justiciables el señorío de voluntad de fijar los límites del objeto litigioso, y excluye que los tribunales de justicia se pronuncien sobre cuestiones que no hayan sido planteadas oportunamente por las partes. Si se admitiese que en la Alzada o en este caso ante la Corte, se pudieran tratar capítulos no esgrimidos en las instancias anteriores, o fundados en hechos no articulados en ella, importaría ello alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del derecho de defensa y violación de una expresa prohibición legal (art. 277 del CPCC), que rige las facultades de las Cámaras en los casos de los Recurso de Apelación que ante ellas se*

plantean y que resulta aplicable en los recursos ante este Superior Tribunal sea en el caso del recurso ordinario o en el de casación (Conf.:S. D. N° 35/S.R.E./00 y 17/S.R.E./01).

Por su lado y como expuse supra, el principio iura novit curia autoriza a los jueces a formular la afirmación del "derecho" que rige el caso, facultándolo a asumir un rol activo única y exclusivamente en lo que hace al encuadramiento legal de la pretensión deducida por el actor, pero en modo alguno lo autoriza a enmendar las omisiones de las partes en su reclamo, so riesgo de vicio de incongruencia. "…*el principio iura novit curia es una facultad que se ejerce respecto del derecho invocado pero que debe sujetarse a los hechos invocados y probados. Por lo tanto el ejercicio de dicho principio aparece limitado, por definición, imponiéndose el criterio de que el marco de su aplicación, está regido por otro principio de raíz constitucional como es de la congruencia, basado en la garantía del art. 18 de la Carta Fundamental. Esto es ajustar la acción del tribunal a las cuestiones que fueron objeto de discusión a partir de los reclamos del demandante: lo que se conoce como los términos de la litis, de los cuales no puede apartarse el juez sin violar el derecho subjetivo de los litigantes. Es allí, dentro de esos límites, donde puede el magistrado cambiar el encuadre legal formulado por la parte y en su lugar aplicar el derecho, es decir la normativa, que a su juicio es la pertinente.* (Rodríguez Mancini, Jorge "Congruencia e irrenunciabilidad" DT 2014 (agosto), 2059. LA LEY 19/08/2014, 1. LA LEY 2014-D, 1123. Cita Online: AR/DOC/2465/2014).

"El principio de congruencia se vincula con la garantía de la defensa en juicio, ya que como regla el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria" (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema,

CSJN, 27-05-2004, "Franco, Carlos Gustavo s/ recurso de apelación ley 24.521 art. 32", Fallos 327:1607.)

8.

Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo el rechazo del recurso de apelación de la parte actora y consecuentemente la confirmación de la sentencia en todo lo que ha sido materia de agravios.

9.

Las costas en la Alzada se imponen a la actora vencida (art. 69 del CPCC). Los honorarios de los profesionales que respondieron los agravios, conforme su mérito y extensión se estipulan para los letrados D. G. L. y G. W. en conjunto y proporción de ley en el 27 % y para el Ab. G. H. en el 27 %. En ambos casos los porcentajes serán sobre aquellos que resulten determinados en la instancia de grado con más el IVA si correspondiera y sin perjuicio de los mínimos legales (art. 5, 7, 9 y 13 de la ley arancelaria). Sin regular honorarios a los letrados de la parte actora en atención al pacto de cuota litis homologado, criterio que llega firme a esta sede.

VOTO a la primera cuestión, por la **AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

La Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por el recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose

cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios expuestos por el actor.

2 – <u>Tratamiento de los agravios del actor</u>

Luego de analizado los fundamentos vertidos por el recurrente no puedo menos que dejar sentado aquí -conforme lo he expuesto reiteradamente como integrante de esta Cámara- que la expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido, sino que constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Lo "concreto" se refiere a lo preciso, indicado, determinado -debe decirse cuál es el agravio-. Lo "razonado" indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones -debe exponerse por qué se configura el agravio-. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del *a quo*, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación (conf. CNCiv., Sala A, 14/02/80, LL 1980-D, p. 180; ídem, Sala B, 13/06/78, ED 80-378; 15/05/79, LL 1978-C, p. 76; ídem, Sala C, 06/05/75, ED 67-206; LL 1976-A, p. 507, sum. 1671; y demás jurisprud. citada en MORELLO-SOSA-BERIZONCE, "Cód.Proc.Civ.Com.", T. III, pág. 351).

Tengo también en cuenta que resulta carente de fundamentación el recurso de apelación que se limita a citar fallos o a transcribir decisorios de jurisprudencia o a reproducir opiniones doctrinarias, o, inclusive, a

mencionar un conjunto de disposiciones legales, sin crear respecto de todo ello el necesario eslabonamiento crítico entre estas citas, la sentencia, las particulares circunstancias del caso y lo que es objeto de los agravios.

Tampoco cabe confundir *sustancia crítica* -que constituye el dato intelectual computado por el art. 268 del Cód. Procesal Pcial., para aceptar como idóneo un escrito- con *extensión* -que constituye un dato cuantitativo y extrínseco- y que suele desviar el cometido de la expresión de agravios, desde que no es la extensión desmedida del escrito de expresión de agravios lo que demuestra el acierto de la posición jurídica asumida por el apelante (conf. CNCiv., Sala C, 06/05/75, ED 67-206; La Ley 1976-A, 507, sum. 1671). Consecuentemente, para considerar bastante al escrito en cuestión, no debe tomarse en cuenta su latitud o extensión, sino verificar si cumple con el cometido de criticar el fallo en forma concreta y razonada. De nada vale que sea extensa si en ella campean la imprecisión y la vaguedad (conf. CNECC, Sala VI, 10/08/76, BCNECyC, 626, N° 8676).

Dice con acierto Colombo: *"es pretensión dialéctica exagerada la de querer demoler con uno o dos párrafos una sentencia circunstanciadamente fundada; es ingenuo abuso de la facultad querer someter a la Cámara a la eventual lectura de una interminable perorata y, antes, ocupar diez días del otro letrado para replicarla*" (COLOMBO, C.J., "Cód.Proc.Civ.Com. de la Nación. Anotado y Comentado", Abeledo-Perrot, 1969, T. II, pág. 565).

Sin perjuicio de lo expuesto y respetando el criterio amplio de esta Alzada para evaluar el cumplimiento de los recaudos necesarios para fundar el recurso, procederé al análisis de las quejas.

2.1) Si bien destacaré algunos de los puntos que integran los agravios expuestos por el recurrente, es necesario dejar sentado que es posible una consideración y evaluación conjunta de los mismos en virtud de estar todos centrados en mostrar su discrepancia y disconformidad con la decisión

dictada en la anterior Instancia y en sostener que la a quo ha hecho un análisis incorrecto tanto de la pericia médica como de las restantes pruebas producidas en el proceso.

Anticipo que de un detenido estudio de estas actuaciones, surge con claridad meridiana la absoluta orfandad probatoria sobre la relación causal entre el accidente de trabajo referido en la demanda y el daño que habría causado el mismo al reclamante.

En su parte sustancial, la sentencia -al referirse al cuadro psicofísico que presentara el actor luego del accidente por el cual reclama en autos- ha dicho: *"…La patología que presenta es multifactorial, siendo los microtraumas reiterados un factor importante en la génesis de la patología, hecho que ocurre en ocasión de trabajo y también en el cotidiano hacer de la vida, llevando a un proceso de deterioro que no es otra cosa que el envejecimiento natural de la columna lumbar. Según refirió hace esfuerzos físicos desde los 5 años de edad. El cuadro doloroso, motivado por el siniestro denunciado, puede haber producido los síntomas que originaron la consulta, el diagnóstico y el tratamiento, no por ello, que sea atribuido al accidente, sin tomar en cuenta los otros factores y el paso del tiempo… No presenta incapacidad de acuerdo al decreto 656/96 porque el accidente laboral no fue el factor que originó las lesiones que presenta el actor y las mismas no están directamente causadas por él. Esto no significa que el actor no presente alteraciones somáticas o dolencias que la limitan funcionalmente, pero son multifactoriales y originadas en su conjunto y con el paso del tiempo, no por un hecho súbito, como el accidente denunciado…"* (529 vta./530).

Es esencial que quien invoca en una demanda judicial un hecho de relevancia dado que es lo que conforma la base de su reclamo, corre con la carga de demostrarlo (arg. art. 381 CPCC) y si no lo hace carga con las consecuencias de su incumplimiento, que seguramente será la pérdida del juicio. En el caso debió concretamente el reclamante acreditar que del

accidente por él denunciado al demandar se produjo el daño por el cual reclama ser indemnizado.

El dictamen pericial médico ha sido terminante al concluir que el actor no presenta incapacidad derivada del accidente por él denunciado al demandar y las lesiones que presenta no están directamente causadas por el mismo.

Ante la insuficiencia de prueba en su favor por parte del reclamante, la decisión final de la instancia inferior no pudo haber sido otra y de allí que adelante mi opinión en favor de su confirmación.

Adviértase que el agraviado esgrime en su queja que lo que debió ser evaluado y ponderado por la a quo no son las consecuencias de un hecho traumático (accidente de trabajo) sino una continuidad o reiteración de dolencias sufridas por el actor en su columna vertebral a través de los años.

Frente a dicha pretensión corresponde destacar que la forma de trabajar referida en la demanda habría tenido aptitud para provocar una *"dolencia"*, *"patología"* o *"enfermedad"*, pero debemos tener presente que aquí estamos ante un reclamo indemnizatorio por incapacidad derivada de un *"accidente de trabajo"*. Si nos remitimos al escrito inicial de demanda, surge con total claridad la demanda indemnizatoria por *"accidente"* o *"siniestro"* (ver fs. 37, 38, 39, 39 vta., 41 vta., y 42, entre otras).

Por lo tanto, si el actor reclamó una indemnización por las consecuencias dañosas derivadas de un "accidente de trabajo", no se comprende en base a qué parámetros y fundamentación se pudo fijar una indemnización por las consecuencias de una "dolencia" y no del "accidente" que es lo que constituyera la plataforma del reclamo. Y ello así, porque -conforme surge de la producción probatoria del proceso- no surge de autos la acreditación sobre la existencia de un hecho traumático (el accidente de trabajo denunciado en la demanda) con capacidad suficiente para provocar las consecuencias dañosas esgrimidas por el reclamante.

2.2) A lo largo de su presentación, el recurrente hace varias veces mención a la cuestión de la "concausa" y a que la a quo debió hacer lugar a la demanda en base a la importancia que debió darle a la misma.

Nuevamente corresponde remitirnos a lo expuesto en la demanda. En ella el actor ha dicho: *"…venimos a interponer formal demanda laboral por cobro de pesos, derivado de un accidente de trabajo…"* (fs. 37); *"…en fecha 08/02/06 padece el actor un accidente laboral… en momentos en que cumplía su tarea, puntualmente en circunstancias en que estaba desplazando pesados tarros de pintura de aproximadamente veinte (20) litros, de un peso superior a los 20 Kgs., levantando uno de ellos sufre un tirón muy fuerte en su columna vertebral, que lo hace abandonar el trabajo…; …se le efectúa una RMN en la ciudad de Comodoro, …que define claramente su dolencia producto del esfuerzo en obra en construcción, es decir, una hernia discal…* (fs. 38); *"…producida la lesión columnaria el actor es derivado a un centro asistencial… La lesión producida en el trabajo está claramente reflejado en dicho informe…"* (fs. 38 vta.); *"…nuestro mandante concurre ante estos Estrados Judiciales a fin de recabar la reparación de sus secuelas derivadas del accidente de trabajo padecido, trabajando para la empresa B. M. S.A. dentro del predio o del establecimiento de la empresa A. S. de esta ciudad. La resonancia magnética –letra "B"— y los estudios que pudiere exigir el perito médico en autos— da cuenta evidente de la lesión discal que no ha sido registrada al ingresar a su trabajo el joven trabajador…; "…con referencia al relato del hecho que provocó la minoración de R. ya lo expusimos supra… la actora se lesionó cumpliendo la tarea de construcción como medio oficial albañil en un ambiente riesgoso, como lo es el de la construcción…"* (fs. 39); *"…sin duda el daño físico padecido por el actor, devino de cumplir su tarea en un ambiente peligroso y con la existencia de "cosas" que estaban bajo la guarda, propiedad y provecho económico de las co-accionadas por lo que el caso se subsume en el art. 1113 1° y 2° par. C.C. Respecto del "riesgo" o "vicio" de la "cosa" con la que se incapacitó la actora…,*

"…en cuanto a quien debe responder conforme el art. 1113 C.C. no cabe duda que la responsabilidad cae en cabeza del dueño y/o guardián de la "cosa", su empleadora, quien obtenía un rédito económico de la labor de la cosa manipulada por nuestro instituyente…" (fs. 40); *"…las demandadas evidentemente no tomaron los recaudos necesarios de seguridad en el lugar de trabajo de la actora de autos, ya que de haberlo hecho, el siniestro laboral no hubiere acontecido, incumplió el "deber de seguridad" para evitar el accidente de trabajo, menos aun la protegió de alguna forma para evitar la lesión incapacitante…"* (fs. 40 vta.); *"…De lo expuesto se infiere la presencia en autos de los requisitos exigidos por el art. 1113 C.C. que refieren la responsabilidad objetiva, la que nace por cuanto se reúnen en autos los siguientes recaudos a saber: * Intervención de una "cosa" o "cosas"…; * Riesgo de las mismas. * El hecho del dependiente de la propia empresa demandada…; * Daño sufrido por el dependiente…; * La propiedad o guarda de la empresa demandada de las cosas causante del daño físico. * Relación de causalidad entre daño y riesgo de la cosa…"* (fs. 40 vta./41); *"…el daño se produjo con "cosa" peligrosa o riesgosa por la que debe responder, atento que es utilizada siguiendo un fin económico…"* (fs. 41).

Me he permitido transcribir parte de la exposición del reclamante para destacar la forma como ha expuesto el fundamento de su pretensión y analizar la posibilidad de que haya hecho alguna referencia, aun de modo tangencial, a la referida "concausa".

El actor ha sido terminante al referirse a: a) *accidente de trabajo* o *accidente laboral*; b) *dolencia producto del esfuerzo en obra en construcción, es decir, una hernia discal*; c) *la lesión producida en el trabajo*; d) *secuelas derivadas del accidente de trabajo*; e) *la lesión discal que no ha sido registrada al ingresar a su trabajo*; f) *el daño físico padecido por el actor, devino de cumplir su tarea en un ambiente peligroso y con la existencia de "cosas"*; g) *"riesgo" o "vicio" de la "cosa" con la que se incapacitó la actora*; h) *la responsabilidad cae en cabeza del dueño y/o guardián de la "cosa"*; i) *incumplió el deber de seguridad para evitar el accidente de*

trabajo; j) *intervención de una "cosa" o "cosas"*; k) *las "cosas" causante del daño físico*; y l) *el daño se produjo con "cosa" peligrosa o riesgosa*.

No hay mucho más que agregar para arribar a la indiscutible conclusión de que el actor demandó por las consecuencias dañosas producidas por un accidente de trabajo ocurrido mientras utilizaba "cosas" de propiedad de su empleador, atribuyendo la responsabilidad al mismo basada en el "riesgo o vicio de las cosas" (art. 1113 Cód.Civ.). No veo que haya algún espacio dentro de este planteo para introducir "concausa" alguna a fin de darle la razón al quejoso.

Concretamente: todo lo relacionado con la "concausa" es esgrimido recién en la expresión de agravios y no formó parte de la cuestión litigiosa a resolver por el a quo en su sentencia.

Si bien el recurso contra el pronunciamiento abre la jurisdicción de la alzada a los efectos de resolver sobre la justicia de dicha sentencia, en manera alguna posibilita fallar sobre las peticiones formuladas en segunda instancia con prescindencia de las cuestiones planteadas ante el juez de primer grado, pues el tribunal "ad quem" carece de atribución para resolver sobre capítulo alguno que no hubiese sido propuesto a decisión del inferior (conf. SCBA, DJBA, 117, pág. 142; 118, págs. 9 y 57; 120, pág. 77, entre muchos otros).

En atención a los fundamentos expuestos y lo normado por el art. 280 del ritual, el agravio no puede ser oído.

2.3) Se dice en la queja que la a quo tuvo la posibilidad jurídica, conforme al principio *iura novit curia* de al menos condenar a la ART por el régimen sistémico, aun cuando no se hubiere planteado inicialmente la reparación sistémica subsidiaria. El planteo no resiste el menor análisis.

Conforme el referido principio, corresponde al juez calificar la relación sustancial de la litis y determinar la norma jurídica que la rige, aunque las

partes no la invoquen o lo hagan en forma errónea. O sea, la omisión o el error en que las partes incurrieran en la fundamentación de sus pretensiones pueden y deben ser suplidos por el juez (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, pág. 817). Adviértase que he hecho referencia a la "fundamentación de sus pretensiones" pero no a las "pretensiones". Lo que los jueces no pueden alterar son las "pretensiones" de las partes y es esto -precisamente- lo que pretende el quejoso.

Es más que claro que por amplias que sean las facultades de los jueces en virtud del principio en cuestión, ellas no lo son tanto como para alterar los términos de la litis, acordando al actor lo que no pidió en su demanda o reconociendo defensas que el accionado no hizo valer en su responde, pues de proceder así caerían en lo arbitrario y excederían los límites de su actividad jurisdiccional. No pueden, por lo tanto, alterar los hechos expuestos ni la cosa pedida. O sea, si bien los jueces de la instancia ordinaria deben enmendar el derecho mal invocado y suplir el omitido, no pueden en cambio sustituir la acción interpuesta o sus fundamentos por otros distintos (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, págs. 96 y 77; ídem, Ac. y Sent., 1973, II, pág. 779; ídem, Ac. y Sent., 1974, III, pág. 844, DJBA, 104, pág. 142, La Ley, 1975-B, 74).

Lo expuesto conduce al inevitable rechazo de la queja.

2.4) Teniendo en cuenta la documental obrante en autos emanada de la ART codemandada en autos, surge de ella que el actor, en relación con el accidente referido en la demanda, padeció *"lumbalgia"* (fs. 158) y *"lumbalgia aguda"* según el parte médico de egreso (fs. 159). A su vez del informe suministrado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (fs. 299/303) relativo al actor como dependiente de B. M. S.A. y con referencia al accidente denunciado en la demanda, surge registrado como diagnóstico:

"…Lumbago no especificado Contractura dorsal inferior Dolor lumbar Lumbago SAI" (fs. 300).

Lo expuesto permite inferir, sin duda alguna, que no ha existido en el caso un hecho traumático provocador de una consecuencia dañosa en la columna vertebral del actor sino que éste ha sido portador desde hace años de una enfermedad o dolencia lumbar. Nada se acreditó aquí para demostrar que esta conclusión es errónea.

En lo que hace a la falta de un "examen preocupacional" -cuestión también planteada en la queja- no tiene ello relevancia dado que, en el caso, estamos ante una acción incoada con fundamentación en la normativa del Código Civil y a ella debemos someternos. De allí que no sea posible invocar -dentro del mismo proceso- la aplicación de las normas del derecho de fondo para determinadas situaciones y las normas laborales para otras, según le convenga al reclamante.

2.5) Avanzando en el análisis de la cuestión, dije antes aquí que el actor ha demandado por un "accidente de trabajo". Por lo tanto, debe quedar en claro que no hubo reclamo alguno por una "enfermedad profesional" que pudiera ser la consecuencia de las tareas cumplidas por el actor para su empleadora.

Y es a esta altura del análisis donde deben tenerse en cuenta las conclusiones del experto médico actuante en autos.

Entre sus conclusiones, ha dicho el perito médico: *"…El actor… como accidente de trabajo, presentó una lumbalgia, luego de efectuar un esfuerzo en ocasión de trabajo, con fecha 8/2/06, según consta en el relato de los hechos a fs. 38. Las RNM, (fs. 16) efectuadas con fecha 28/2/06 informa Protrusión Discal L5-S1 (**no extrusión o hernia discal**), que contacta la raíz derecha… La RNM solicitada por este Perito, con fecha 19/10/12, que se acompaña a la presente, describe discopatías múltiples de L1 a L5 y discopatía con protrusión leve L5-S1, sin*

compromiso del canal medular…; "…Para que se produzcan estas lesiones, requiere de diferentes factores y el paso del tiempo: -Predisposición hereditaria - Alteraciones bioquímicas - Cambios estructurales degenerativos crónicos - Fuerza mecánica superpuesta - Micro traumatismos reiterados. La patología que presenta es MULTIFACTORIAL. Los microtraumas reiterados son un factor importante en la génesis de esta patología, hecho que ocurre en ocasión de trabajo y también en el cotidiano hacer de la vida, llevando a un proceso de deterioro, que ***no es otra cosa que el envejecimiento natural de la columna lumbar…"****; "…El cuadro doloroso, motivado por el siniestro denunciado, puede haber producido los síntomas que originaron la consulta, el diagnóstico y el tratamiento,* ***no por ello, que sea atribuido al accidente, sin tomar en cuenta los otros factores y el paso del tiempo. La RNM solicitada por este Perito, describe cambios degenerativos más avanzados y en toda la columna lumbo-sacra, en relación con la efectuada en el año 2006…"****; "…No presenta incapacidad de acuerdo al Decreto 659/96, porque ACCIDENTE LABORAL, no fue el factor que originó las lesiones que presenta el actor y las mismas no están directamente causadas por él.* ***Esto no significa que el actor no presente alteraciones somáticas o dolencias que la limitan funcionalmente, pero son multifactoriales y originadas en su conjunto y con el paso del tiempo. No por un único hecho súbito, como el accidente denunciado…****" (fs. 454/455).*

Conforme la normativa de fondo aplicable al caso dado el reclamo fundado en el Código Civil, la referencia que hace al dictamen pericial médico al Decreto 659/96 debe ser tomado sólo como una referencia debido a que el mismo incluye las tablas de evaluación de las incapacidades laborales sólo a los efectos de la aplicación de la LRT.

Hecha la aclaración precedente, surge con total nitidez del dictamen pericial que no es posible atribuir la dolencia lumbar que presenta el actor exclusivamente a la actividad laboral, o sea, no hay una causal directa de atribución. De ello resulta que, en el caso, no se encuentra probada la

relación de causalidad adecuada entre el hecho mencionado por el actor (accidente) y las dolencias que sufre en su columna vertebral.

Inclusive, hace referencia el dictamen médico a un proceso que durante años puede constituirse en un factor más para el desarrollo de la patología en cuestión. Por lo que no ha existido un hecho traumático que haya producido las consecuencias dañosas en el reclamante de autos.

Apreciando la labor desarrollada por el perito médico designado en autos, no encuentro motivos que demuestren la necesidad de apartarse de sus conclusiones.

Es sabido que la función de la prueba pericial es sin duda de asesoramiento para el magistrado, cuando se trata de cuestiones ajenas a derecho y respecto de las cuales habitualmente el magistrado no posee conocimientos especiales. La pericia no es sino uno de los tantos elementos de prueba de que pueden valerse las partes para demostrar la justicia de sus pretensiones y la legitimidad de su derecho, a fin de que éste sea reconocido y protegido por la jurisdicción. La razón de su existencia reside en los múltiples supuestos en donde el núcleo de la controversia no puede ser aprehendido, sino teniendo conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad especializada.

En el caso, estamos ante una prueba científica que es la realizada por el perito médico, la cual ha sido apreciada en debida forma y sus conclusiones se basan en sus conocimientos profesionales. No cabe duda que el conocimiento específico del experto como auxiliar imparcial de la justicia ha de ser preferida como prueba esencial en la materia que en este caso se ha debatido.

Por ello, es inadmisible que los dichos y la pretensión de quien no comparte las conclusiones del perito único de oficio, lleve a destituir un medio de prueba idóneo incorporado al proceso en la oportunidad y forma debida, en especial si se considera que la fuerza probatoria de aquél debe

apreciarse, según lo prescribe el art. 481 del ritual, considerando la competencia de los peritos, los principios en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que surjan de la causa; estas circunstancias otorgan al juzgador libertad de apreciación para efectuar el juicio crítico que puedan merecerle las conclusiones del dictamen, al margen -incluso- de las impugnaciones efectuadas oportunamente.

Es evidente que el peritaje aparece fundado en principios científicos y que no existe probanza que lo haya desvirtuado. Es por ello que la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél. Es que se trata de un elemento de juicio ponderable para apreciar los hechos dentro del grado sumo de posibilidad acerca de la verdad, en especial advirtiendo que ningún argumento se ha incorporado en su momento por el actor para demostrar que las conclusiones han sido irrazonables. Estas conclusiones no dejan de tener valor por el hecho de que la parte actora haya en su momento impugnado el dictamen pericial dado que la impugnación a las conclusiones del perito mediante alegaciones genéricas referidas al resultado global de la pericia, de ningún modo cuestiona las específicas pautas con que el médico designado en autos se expidió sobre el tema que se le consultara.

Estoy convencido de que el informe del experto ha sido hecho con plena ciencia y honrada conciencia, agotando la objetiva investigación. Por lo tanto, para apartarse de sus conclusiones se deben tener razones muy fundadas pues lo contrario haría incurrir al juzgador en arbitrariedad. Es que por el hecho de comportar el informe del experto técnico la necesidad de una apreciación científica del campo del saber del perito, técnicamente ajeno al hombre del derecho, para desvirtuar tal apreciación es imprescindible traer elementos de juicio que autoricen a concluir

fehacientemente sobre el error o el inadecuado uso que el técnico hubiere hecho de los conocimientos que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala IV, "Aguilera, S. c/ Expreso Mar y Sol y Ot. s/ D. y Perj.", 06/09/85).

Es que la especialización técnica del profesional interviniente como el hecho de integrar el Cuerpo Médico Forense, constituyen antecedentes coadyuvantes para la ponderación de la trascendencia probatoria de su dictamen pericial creando en tal sentido, esas circunstancias calificativas, la convicción de certeza y razonabilidad acerca de las conclusiones a las que el perito arribara sobre el tema en cuestión.

He dicho antes en este voto que en el caso no se encuentra probada la relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso mencionado por el actor (accidente de trabajo) y las dolencias que sufre en su columna vertebral. Por lo tanto, todas las quejas expuestas en su presentación carecen de sustentación y es imposible admitirlas.

2.6) Me interesa destacar que dentro de la teoría general del derecho, los hechos son el sustento de las diversas consecuencias jurídicas (principio de razón suficiente: todo efecto de derecho reconoce un antecedente fáctico, en virtud del cual se produce aquél).

Se ha dicho que: *"Los "hechos" interesan al proceso en tanto se constituyen en "fundamentos" de la demanda bajo la forma de afirmaciones; en tanto son el antecedente necesario de la aportación de las pruebas tendientes a justificar la existencia del hecho afirmado; en tanto son el antecedente necesario de la sentencia y en tanto pueden incidir sobre otro proceso en que se hayan ventilado los mismos hechos, mediante las excepciones de cosa juzgada y de litis pendencia*" (conf. DIAZ, "La exposición de los hechos en la demanda", LL, 83-832).

De tal modo, el sustento de la demanda radica en determinados hechos que expone el actor como base de su pretensión, la carga de la prueba versa

sobre esos hechos pertinentes (si estuvieran controvertidos) y la decisión contenida en la sentencia debe referirse a ellos, sin rebasar los límites de la *litis contestatio*.

Así pues, constituye un hecho principal (pertinente y relevante) que ocurrió un suceso dañoso para el actor, pero también es pertinente y relevante "cómo" ocurrió, es decir, las circunstancias de contexto o los detalles que puedan conducir a imputar (o no) responsabilidad al demandado.

Aplicando los principios expuestos a un caso particular de responsabilidad, se ha señalado que la fundada en el riesgo o vicio de la cosa -art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto del Cód. Civil-, exige aportar (enunciar y probar) la plataforma fáctica que ponga de manifiesto una relación causal aparente o *prima facie* entre la cosa y el daño que surge de su intervención en el suceso (conf. LLAMBIAS, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T.IV-A, p. 479, nota 22).

Es que la presunción de causalidad consagrada por dicha norma no opera en el vacío o por la sola presencia de una cosa en el suceso dañoso, sino en tanto y en cuanto pueda inferirse su intervención "activa", a cuyo efecto son pertinentes y relevantes las "circunstancias" del hecho básico.

En otros términos, no es suficiente enunciar el "esqueleto" del hecho; hay que "vestirlo" con sus características de interés para la dilucidación de la causa. Pues todos los fragmentos fácticos pertinentes se integran y combinan para configurar "el supuesto de hecho" de la responsabilidad civil (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., "Resarcimiento de Daños" N° 3 El Proceso de Daños, pág.48).

Lo dicho tiene directa relación con el objeto de la prueba que es motivo de análisis en este caso. La noción de daño resarcible se vincula con un *hecho lesivo* que debe ser su causa adecuada e imputable a otra persona. Ningún perjuicio se indemniza en el vacío, sino en vista de un concreto antecedente fáctico respecto del cual se investigan los presupuestos de resarcibilidad.

Así pues, el hecho lesivo constituye uno de los extremos esenciales de prueba en el juicio de daños.

Cuando el hecho fuente de responsabilidad es negado por el demandado, su prueba incumbe al actor; en su defecto, no puede acogerse la pretensión resarcitoria. Es lo que aquí ha ocurrido.

Ninguno de los principios que acabo de referir han sido cumplimentados por la parte actora en estos actuados y, de pretender ser indemnizado, debió cumplir con tal carga. Lo que acabo de exponer hace caer por su propio peso la afirmación que se hace en la queja con relación a que en autos se acreditaron los presupuestos que tornan viable la responsabilidad civil de las accionadas. En contraposición con la afirmación de la queja, permítaseme reiterar que no está acreditado que como consecuencia del "accidente de trabajo" denunciado por el actor, se haya provocado un "daño" indemnizable al actor como consecuencia del "riesgo o vicio de una cosa" y por el que corresponda responsabilizar a los demandados.

Siendo evidente que no se produjo probanza alguna tendiente a la fehaciente acreditación del nexo causal adecuado (art. 901 C.Civ.) entre un hecho traumático y el daño producido como consecuencia del mismo, los agravios en tratamiento no pueden ser admitidos.

2.7) Afirma la queja que la a quo debió ordenar la realización de un nuevo peritaje médico o ampliar el existente. Estamos ante una apreciación personal del recurrente sobre un dictamen pericial que no le resultó favorable a sus pretensiones en el proceso, pero -como ya he referido supra- en modo alguno puede ello quitarle valor probatorio y científico a la labor desarrollada por el experto y a sus claras y terminantes conclusiones. Por otra parte, todo lo relativo a las "medidas para mejor proveer" son facultades exclusivas de los jueces y no forman parte de las peticiones que pueden formular las partes en el proceso.

Lo expuesto conduce también al rechazo del agravio.

2.8) El último agravio está planteado por el rechazo de la aplicación de la indemnización contemplada por el art. 45 de la Ley 25.345 (art. 80 LCT).

La sentencia denegó la sanción al empleador en virtud de no haberse cumplido con la intimación extrajudicial y temporánea en los términos del Decreto 146/01. El agravio no tiene sustento.

El art. 3 del Dec. 146/01 aclaró que el trabajador queda habilitado para hacer el requerimiento cuando el empleador no hubiera hecho entrega de las constancias o del certificado dentro de los treinta días de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

Es muy claro, entonces, que lo que habilita la aplicación de la indemnización que contempla el art. 80 LCT es la previa intimación extrajudicial cumplimentada por el dependiente luego de transcurridos treinta días de la extinción del contrato de trabajo. Por lo que, la intimación previa es la condición legal inexcusable para que proceda la sanción indemnizatoria contra el empleador.

En el agravio el actor reconoce que intimó la entrega del certificado "*anticipadamente*", o sea, no cumplió con los términos legales. Si el mismo recurrente reconoce que no cumplió con el requisito legal que hace procedente la sanción, mal puede hacerse lugar a la misma. Esta conclusión no sufre alteración alguna por el hecho de que se tilde de inconstitucional a la norma del art. 3 del Dec. 146/01. El planteo aparece totalmente fuera del contexto del proceso, no se lo planteó al promover la demanda, no integró la litis y de allí su irrelevancia como agravio atendible (arts. 268, 280 CPCC).

Con respecto a su pretensión de que la demanda sea tenida como intimación en cumplimiento de los términos que exige el Dec. 146/01, la misma es inatendible dado que lo que la ley requiere es una intimación extrajudicial previo a todo reclamo por la vía administrativa o judicial.

Con relación a su planteo acerca de que debió la a quo intimar la entrega del certificado en base al principio del *iura novit curia*, también deviene improcedente. Ya expliqué anteriormente qué es lo que el referido principio habilita hacer a los jueces y en modo alguno es aplicable el mismo a los fines que requiere el actor, que no es -ni más ni menos- que suplir su omisión al reclamar.

Por otra parte, advierto que en la demanda solamente se solicitó *"la sanción del art. 45 ley 25345 por cuanto no entregó la ex empleadora en tiempo y forma el certificado de trabajo*" (fs. 43), por lo que mal puede pretender el recurrente que la sentenciante practicara intimación de especie alguna o condenara a la entrega de un documento que no fue solicitado al demandar (art. 165, inc. 6° y concs. CPCC). Por lo expuesto, el agravio deviene improcedente.

3 – <u>Conclusión</u>

En atención a que los agravios expuestos por el recurrente no logran hacer mella en la sentencia recurrida, he de coincidir con el voto precedente de la Sra. Jueza de Villafañe, proponiendo el rechazo de los mismos y la confirmación de lo decidido por la a quo. Es mi voto.

4 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de esta Instancia deben ser impuestas a la parte actora recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC). Con respecto a los honorarios de los letrados intervinientes, deben ser regulados de la forma que ha propuesto precedentemente la Sra. Jueza de Villafañe en virtud de ajustarse ello a las pautas de la Ley Arancelaria aplicable.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Cuestiona el letrado D. T. los honorarios que se le regularon en su carácter de letrado de la tercera citada A. T&D A. S.A. y lo hace desde dos aspectos, la base regulatoria para su determinación y el porcentaje allí establecido.

Respecto del primer aspecto, la apelación es confusa en tanto se agravia por no haberse anexado intereses al monto reclamado en la demanda, hasta el dictado, debo entender, de la sentencia y luego señala "con más sus intereses computados en idéntica forma en que se reclamaron en el líbelo de inicio, esto es desde la fecha del hecho…no desde la fecha de interposición de la demanda…".

Lo cierto es que la sentencia de grado estableció que *"Todos los honorarios, respecto de la suma reclamada con más intereses hasta la fecha de interposición de la demanda*".

Esta Cámara, tiene dicho, que cuando se rechaza una demanda, la base regulatoria para calcular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes será el monto reclamado en la demanda con más intereses ello conforme a la jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de Justicia local, in re "L., E. G. c/ S., R. s/ SUMARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS)" (Expte. N° 21.836-L-2009), Registrada bajo el N° 03/S.R.E./2011.

Tal criterio es el que utilizó la magistrada de grado, esto es los intereses integran la base regulatoria de los honorarios. En cuanto al período que deben incluirse, conforme el criterio que viene sosteniendo esta Cámara los intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Chubut serán los que corran desde la fecha de interposición de la demanda hasta la de su efectivo pago. (CAPM entre otras "B. D. C. S.A C/ F. S.A S/ COBRO DE PESOS" Expte. N°: 59/2011. SDC 031/11), por lo que este aspecto de la queja, deberá admitirse.

Con respecto al porcentual dispuesto por la *a quo*, analizadas desde esta arista, las normas que dan sustento a la regulación de honorarios y considerando la naturaleza del caso que se discute, su complejidad y los demás factores de apreciación entre ellos, el mérito de la labor profesional y el resultado objetivo al que llegara, no se advierten razones para apartarse del porcentaje dispuesto por la Sra. Jueza de grado.

Voto a la cuestión, **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

Ha interpuesto recurso de apelación el Dr. Darío Alberto Tejedor, por considerar bajos los honorarios que se le regularan en la anterior Instancia, cuestionando la no aplicación de los intereses que considera procedentes por el período que también debe hacerse según su posición.

Conforme es criterio uniforme de este Cuerpo, la base regulatoria -en los casos de rechazo de la demanda- debe estar conformada por el importe de la liquidación que oportunamente se practique en autos a estos fines y que resulte de calcular el capital reclamado en la demanda con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales desde el día en que se interpuso la demanda hasta el efectivo pago (conf. *"Bco. del Chubut S.A. c/ Fabri S.A. s/ Cobro de Pesos"*, SDC 31/11, entre otros).

En virtud de lo expuesto, corresponde dejar sin efecto la base regulatoria de los honorarios practicados en la sentencia de primera instancia al recurrente dado que en ella la misma se fijó en la suma reclamada con más los intereses hasta la fecha de interposición de la demanda.

Teniendo en cuenta las pautas que fija la norma del art. 5 de la Ley Arancelaria y la tarea profesional cumplida por el recurrente en el proceso, considero justos los honorarios del Dr. D. A. T. y deben confirmarse.

Concluyo en que los honorarios serán sobre el importe de la liquidación que oportunamente se practique a esos fines y que resultará de calcular el capital reclamado en la demanda ($ 50.459,15.-) con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a computarse desde el día 26 de Julio de 2007 (ver fs.51) hasta la fecha del pago efectivo, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 3, 5, 6, 9, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA.**

A LA TERCERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

De compartir el sentido de mi voto a las cuestiones propuestas, el pronunciamiento que debería dictarse es el que sigue:

1. CONFIRMAR la sentencia de fs.526/532 en todo lo que ha sido motivo de agravios.

2. CONFIRMAR los honorarios establecidos para el Ab. D. T., dejando establecido que la base regulatoria de los mismos será el monto de la demanda con más los intereses desde la fecha de la interposición de la demanda y hasta el efectivo pago de los mismos.

3. IMPONER las costas en la Alzada a la actora vencida en el recurso. (art 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados D. G. L. y G. W. en conjunto y proporción de ley en el 27 % y los del Ab. G. H. en el 27 %. En ambos casos los porcentajes serán sobre aquellos que resulten determinados en la instancia de grado con más el IVA si correspondiera y sin perjuicio de los mínimos legales (art. 5, 7, 9 y 13 de la ley arancelaria). SIN regular honorarios a los letrados de la parte actora en atención al pacto de cuota litis homologado, criterio que llega firme a esta sede.

4. DE FORMA

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar las cuestiones precedentes.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de diciembre de 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR la sentencia de fs.526/532 en todo lo que ha sido motivo de agravios.

2. CONFIRMAR los honorarios establecidos para el Ab. D. T., dejando establecido que la base regulatoria de los mismos será el monto de la demanda con más los intereses desde la fecha de la interposición de la demanda y hasta el efectivo pago de los mismos.

3. IMPONER las costas en la Alzada a la actora vencida en el recurso. (art 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados D. G. L. y G. W. en conjunto y proporción de ley en el 27 % y los del Ab. G. H. en el 27 %. En ambos casos los porcentajes serán sobre aquellos que resulten determinados en la instancia de grado con más el IVA si correspondiera y sin perjuicio de los mínimos legales (art. 5, 7, 9 y 13 de la ley arancelaria).

SIN regular honorarios a los letrados de la parte actora en atención al pacto de cuota litis homologado, criterio que llega firme a esta sede.

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL.